

범죄의 죄수판단 기준과 구조

김 혜 경*

국 | 문 | 요 | 약

우리형법상 경합판단의 선결문제인 '성립된 범죄의 수'의 문제는 전적으로 학설과 판례에 맡겨져 있다. 그러나 판례는 일응 수궁할만한 기준을 정립하지 못하고 있는 바, 구조적으로 죄수판단과 경합판단을 구별하지 않고, 오로지 부과될 형벌의 양이 적정한가의 여부를 판단하고 귀납적으로 범죄의 개수를 판단하고자 하는 듯한 인상을 지우기 어렵다.

일죄판단은 범죄론의 마지막 영역이면서도 동시에 죄수론의 시작이기도 하다. 그리고 범죄성립의 기준은 동시에 형법상 드러나야 하는 불법성의 총체를 어떻게 파악할 것인가의 문제가 되기도 한다. 범죄란 특정한 구성요건의 관점에서 외부적으로 존재하는 사실에 대하여 어떠한 법적 평가를 할 것인가의 문제이면서, 동시에 그 한계가 된다. 즉, 구성요건에서 요구하는 이외의 불법성 평가를 범죄성립에 개입시켜서는 안된다는 점이다. 이러한 의미에서 이미 범죄의 일죄판단과 수죄판단에서부터 경합판단까지 각 단계별로 불법성에 대한 이중평가를 금지 또는 방지하기 위한 여러 가지 개념과 장치들을 개입시키고 있다.

본 논문에서는 독일법상의 논의는 별론으로 하고, 우리 형법상의 조문을 토대로 하여 이에 적절한 죄수판단의 구조 및 죄수판단과 경합판단의 과정을 연속선상에서 해결할 수 있는지 여부를 논의해 보고자 한다. 즉, 기존의 연구들이 비교법적 관점에서의 고찰이었다면, 여기에서는 범죄성립에 있어서 일죄의 판단기준을 먼저 살펴보고, 이것이 우리 법조문상 경합판단에 어떠한 영향을 미치는가에 대하여 살펴보고자 한다.

그리고 이 모든 과정은 형법적으로 유의미한 행위에 대한 정당한 평가, 즉 불법성의 총체와 비례적인 형벌을 부과하기 위한 것이라는 점에서, 역으로 형법적 판단기준들은, 행위에 비례하는 불법성의 평가가 정당하게 이루어지기 위한 필요조건이 무엇인가라는 관점에서 시작해야 할 것이다.

- ❖ 주제어 : 죄수론, 일죄, 구성요건표준설, 포괄일죄, 법조경합, 상상적 경합, 실체적 경합, 사용절도, 행위단일성

* 계명대학교 법경대학 부교수, 법학박사

I. 들어가며

‘죄’ 또는 ‘범죄’란 범죄성립요건을 모두 충족시키는 행위, 즉 구성요건에 해당하는 행위의 완성단위를 의미하며, 이러한 범죄성립의 최소단위가 결정되어야만 일죄와 수죄의 구분 및 수죄의 경합판단이 가능하게 된다. 그런데 형법은 경합범의 처리 문제만을 규정하고 있을 뿐, 성립하는 범죄의 개수를 결정하는 기준에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 즉, 경합판단의 선결문제인 ‘성립된 범죄의 수’의 문제는 전적으로 학설과 판례에 맡겨져 있다.

이에 관하여 우리 판례는 일응 수궁할만한 기준을 정립하지 못하고 있는 듯 하다. 비록, 확정판결의 기판력이 미치는 범위인 ‘기본적 사실관계의 동일성’ 여부에 관하여 ‘규범적 요소를 전적으로 배제한 채 순수하게 사회적, 전법률적인 관점에서만 파악할 수는 없고, 그 자연적, 사회적 사실관계나 행위자의 행위가 동일한 것인가 외에 그 규범적 요소도 기본적 사실관계 동일성의 실질적 내용의 일부를 이루는 것’¹⁾이라고 판시하고 있지만, 실제로는 외형상 유사한 사례로 보이는 경우에도 일죄를 인정하다가도 실제적 경합 또는 상상적 경합으로 해결하기도 하고, 외형상으로는 다수의 불연속적 행위로 보이더라도 포괄일죄를 인정하기도 한다.

이는 구조적으로 죄수판단과 경합판단을 구별하지 않고, 오로지 부과될 형벌의 양이 적정한가의 여부를 판단하고 귀납적으로 범죄의 개수를 판단하고자 하는 듯한 인상을 지우기 어렵다. 즉, 범죄성립의 최소단위에 대한 기준을 정립하지 아니한 채 ‘총체적으로 적정한 처단의 양’을 먼저 선결한 후, 그러한 총체적 형벌량을 부과할 수 있는 죄수와 경합관계를 동시에 논의하는 듯하다. 그러나 성립되는 범죄의 개수와 그러한 범죄간의 관계는 서로 다른 차원의 문제이다. 기존의 연구²⁾에서 적절히 지적하였듯이, 범죄의 개수의 문제는 범죄성립의 문제로서 범죄론에 가깝다면, 성립된 범죄간의 관계문제인 경합여부는 형벌론에 가깝다는 점에서 전자가 우선 확정되어야 할 것이다.

1) 大判 1994. 3. 22, 93도2080(전합); 大判 2010. 2. 25, 2009도14263.

2) 죄수론 체계에 관한 독일형법과 우리형법간의 비교를 통해 죄수론과 경합론의 분리를 설명하는 연구로는 김성돈, “형법상 죄수론의 구조”, 형사법연구 제9호, 한국형사법학회, 1997, 189면 이하; 이경렬, “죄수론의 체계구성에 관한 시론”, 비교형사법연구 제2호, 2000, 95면 이하 참조.

우리 형법상의 죄수와 경합에 관한 기존의 논의들은 비교법적 관점에서 접근해 왔었다. 즉, 독일 형법상의 행위 및 경합구조와 우리 형법상의 죄수 및 경합론을 비교하면서, 독일 형법상의 논의들이 우리 형법의 구조에 그대로 적용될 수 있는지 여부를 판단하여 왔다. 그리고 이를 토대로 하여 우리 형법구조에 맞는 독자적인 죄수판단 및 경합구조를 찾거나 시도하였다.

이에 반해, 본 논문에서는 독일법상의 논의는 별론으로 하고, 우리 형법상의 조문을 토대로 하여 이에 적절한 죄수판단의 구조 및 죄수판단과 경합판단의 과정을 연속선상에서 해결할 수 있는지 여부를 논의해 보고자 한다. 즉, 기존의 연구들이 비교법적 관점에서의 고찰이었다면, 여기에서는 범죄성립에 있어서 일죄의 판단기준을 먼저 살펴보고, 이것이 우리 법조문상 경합판단에 어떠한 영향을 미치는가에 대하여 살펴보고자 한다. 이를 위하여 우선 범죄성립에 있어서 일죄성립 기준에 관한 학설들을 종래와는 다른 시각에서 검토해보고(Ⅱ), 이를 기초로 하여 일죄성립에 있어서 필요한 요소들과 일죄성립 과정을 살펴본 후(Ⅲ), 일죄로 판단되지 않는 다수의 범죄들이 수죄판단에 있어서 상상적 경합이나 실체적 경합이 되는 기준이 구체적으로 무엇인지 여부를 살펴보고자 한다(Ⅳ).

II. 일죄 성립의 기준에 관한 학설의 검토

1. 행위표준설

범죄의 본질이 행위에 있다는 점, 즉 범죄행위란 구성요건에서 요구하는 행위의 존재를 의미한다는 점에서 출발하는 행위표준설은 이에 따라 구성요건에서 요구하는 행위가 하나이면 하나의 범죄가 된다고 본다. 그러나 행위표준설에 의하더라도, 이를 순수하게 자연적 의미의 행위를 의미한다는 견해는 이제는 찾아보기 어렵다.³⁾

3) 김성돈, “죄수결정의 기준”, 법학논고 제14집, 경북대학교 법학연구소, 1998, 194면에 따르면 행위표준설은 구성요건의 내용이 수개의 행위로 이루어진 결합범, 계속범 등을 수죄로 보아야 하는 부당한 결론을 피하기 위해 더 이상 자연적 의미의 행위개념으로 이해되지 않는다고 본다.

오히려 사회생활적 관점에서 보는 단일행위표준설과 법작사회적 관점에서 보는 행위표준설이 주를 이루고 있는 것으로 판단된다.

사회생활적 관점에서 본 단일행위라는 의미의 행위표준설은 한 개의 행위가 존재하기 위해서는 기본적으로 일상생활에서 하나의 단일행위라고 볼 수 있을 정도의 행위가 있으면 족하다고 한다. 이에 따르면 “법규범은 사회 속에 현실적으로 존재하고 있는 특유한 행위태양을 포착해서 그런 행위를 금하거나 요구하였던 것이지, 현실세계에 존재하지도 않는 가상의 행위를 설정하여 규범화하였기 때문에 어느 동작이 어떤 의미를 갖는가는 규범을 통해서만 이해할 수 있다는 것은 지극히 비현실적이다. 규범 이전에 일정한 의미와 내용을 가진 통일된 행위단위가 사회적으로 형성되어 있는 것이 현실이기 때문”⁴⁾이라는 점을 근거로 한다. 그리고 사회생활적 관점에서 본 단일행위가 수개 독립된 행위로 존재한다고 하더라도 이들이 결합되어 법적으로 오로지 하나의 범죄구성요건을 충족하는 경우에는 법적으로도 오직 하나의 범죄가 있다고 평가되어야 한다고 본다.

법작사회적 관점에서의 행위표준설은 행위단위는 사회적·형법적 의미의 맥락을 기준으로 결정되어야 한다고 본다. 따라서 수개의 자연적 행위가 있다고 하더라도 법률상의 구성요건이 이를 법작사회적 의미에서 단일한 것으로 평가할 때에는 수개의 자연적 행위는 법적인 의미에 있어서 하나의 행위가 된다고 본다.⁵⁾ 따라서 동일한 구성요건이 수개의 행위태양을 허용하고 있는 협의의 포괄일죄, 계속범, 접속범 또는 연속범 등은 수개의 자연적 행위가 있는 경우라도 법작사회적 관점에서는 한 개의 행위라고 평가될 수 있기 때문에 일죄가 된다고 본다.

사회생활적 관점에서 본 단일행위설이나 법작사회적 관점에서의 행위표준설은 모두 사회적 의미의 행위를 기본으로 한다는 점에서 공통된다. 그리고 전자의 경우에도 사회생활적 관점에서 수개의 행위가 범죄구성요건상 하나의 범죄일 것을 요구하면 일죄가 된다고 보고 있으므로, 결과적으로 양자의 차이를 찾아보기 어렵다. 양

4) 허일태, “죄수론과 연속범”, 형법연구 I, 세종출판사, 1997, 201면.

5) 정성근/박광민, 형법총론, 637면; 임웅, “죄수론의 기초”, 현대형사법론(죽헌 박양빈교수 화갑기념논문집), 1996, 499면. 정진연, “죄수론의 기본적 고찰”, 법학논총 제10집, 숭실대학교 법학연구소, 94면도 이와 유사한 견해로 보이나 다만 “구성요건에 해당하는 행위가 자연적, 사회적인 관찰상 1개인 경우”가 1개의 행위라고 본다.

자 모두 사회적 행위를 전제로 하면서 구성요건 충족 여부는 범죄의 구성요건에서 요구하는 행위의 단일 또는 다수에 부합하는 만큼 일죄성립에 필요하다고 보기 때문이다. 또한 사회생활적 관점에서 본 단일행위설도 비록 수개의 독립된 행위라고 볼 수 있는 경우에도 이들이 결합되어 법적으로 오직 하나의 범죄구성요건을 충족하는 범죄행위가 되는 경우에는 법적으로도 오직 하나의 범죄행위가 있다고 평가되어야 한다는 점에서 구성요건적 단일행위가 된다고 본다.

이러한 의미의 행위표준설을 취한다면, 기존의 행위표준설에 대한 비판, 즉 결합범을 수죄로 판단하는 문제가 발생한다는 비판은 더 이상 타당하지 않게 된다. 결합범의 경우 다수의 행위를 범죄구성요건행위로 요구하게 되면 다수의 행위가 하나의 범죄행위가 된다는 것이 행위표준설의 입장이기 때문이다.

다만 상상적 경합은 1개의 행위에 의하여 수개의 범죄를 발생하게 되므로 실질상 일죄로 취급하는 점에서 문제가 된다고 보는 비판은, 우리 형법 제40조가 하나의 행위로 수개의 범죄가 성립됨을 명시하고 있으므로 일응 타당하다. 즉, 행위표준설은 상상적 경합을 행위단일성의 입장에서 일죄로 파악하는 독일형법에 적합한 이론이지만, 이미 형법 40조에서 하나의 행위로 수죄성립을 인정하고 있는 우리 형법에는 부합하지 않는 면이 있는 것은 사실이다.

결론적으로, 행위표준설은 사회생활적 관점이든 사회적 의미이든, 분리되는 행위들을 구성요건 행위라는 법적 개념 하에 단일화하는 데에는 용이하다. 그리고 이러한 측면에서는 구성요건표준설과 행위표준설은 매우 근접한 이론처럼 보여 진다. 다만 범죄론과 죄수론의 구별을 포기하고 ‘과형상 일죄’ 개념을 ‘성립상 일죄’와 동일하게 해석하지 않는 한, 우리 형법하에서는 행위표준설만으로 범죄성립 단위를 일관되게 해석하기는 어렵다.

2. 법익표준설

행위로 인하여 침해되는 법익의 수에 따라 죄수를 정하는 학설이다. 동일한 법익을 수개 침해한 경우에 우선 전속적 법익과 비전속적 법익을 구분하고, 전속적 법익의 경우에는 법익의 주체마다 독립된 범죄가 성립하지만 비전속적 법익에 대하여는

1개의 죄가 성립한다고 본다. 판례의 태도 중 재산범죄에 있어서 1죄의 성립은 법익의 귀속자인 피해자의 수가 아니라 재산을 관리하는 자를 기준으로 한다는 점, 방화죄와 같은 사회적 법익의 경우 피해자의 수가 아닌 사회의 안전이라는 법익을 기준으로 한다는 점에서 비전속적 법익은 법익표준설을 따르는 듯한 인상을 준다.

동 학설에 대하여는 이종의 법익을 동시에 침해하는 행위, 즉 강도강간죄나 야간주거침입절도죄를 수죄로 보는 결과를 초래한다는 점에서 비판하기도 하고⁶⁾ 동일한 법익을 여러 태양의 행위로 침해하거나 위태롭게 하는 경우나 연속범의 경우를 수죄로 보게 된다는 점⁷⁾에서 비판하기도 한다.

그러나 이러한 비판은 다소 다른 시각으로 접근이 가능할 것이다. 우선 전자의 경우, 법익이란 범죄행위로부터 보호하고자 하는 목적에 해당하므로 처음부터 복수의 법익을 보호대상으로 예정된 범죄는 복수의 법익을 기준으로 범죄행위 단위를 판단하여야 함이 옳지 않을까 한다. 법익표준설이 다수의 법익을 요구하는 범죄들을 단순히 다수의 침해되는 법익의 개수에 따라 범죄행위가 다수 성립한다고 판단하지는 않았을 것이다.

후자의 경우, 동일한 법익을 여러 태양의 행위로 침해한다고 하더라도 단일의 법익이기 때문에 하나의 범죄가 된다고 판단하여야 할 것이다. 또한 연속범과 같은 범죄를 수죄로 보는 결과를 초래한다는 비판에 대하여는 연속범에 과연 반드시 일죄이어야 하는가에 대한 반론이 가능하다. 포괄일죄의 하위개념에 해당하는 범죄군들이 반드시 포괄해서 일죄이어야 한다는 법리나 명문규정은 없다는 점에서, 이는 반대로 연속범, 상습범 등을 포함하여 현재 포괄일죄의 하위개념들이 반드시 일죄가 아니라는 반증이 가능하다면 비판점이 되기 어렵다.

3. 의사표준설

주관주의를 기초로 하여 범죄는 범죄의사의 외부적 표출이므로, 행위자의 범죄의사의 수를 기준으로 죄수를 결정하고자 하는 학설이다.⁸⁾ 따라서 행위의 수나 결과

6) 오영근, “죄수론에 관한 연구”, 법학논총 제18집, 한양대학교 법학연구소, 2001, 120면; 이기현, “죄수의 결정”, 형사판례연구[8], 한국형사판례연구회, 2000, 115면

7) 오영근, 앞의 논문, 120면; 임웅, 앞의 논문, 498면.

발생의 수와 관계없이, 1개의 범죄적 의사가 있는 경우에 구성요건 실현을 인용한 범위 내에서 또는 결과발생이 예견가능한 범위 내에서 1개의 범죄가 있게 되고, 범죄적 의사가 수 개이면 범죄도 수개 있게 된다고 본다. 상상적 경합에 있어서는, 의사의 단일성이 인정되는 한 상상적 경합도 실질상 일죄이지만, 이론상 의사의 단일성이 인정되지 않는 경우라고 하더라도 형법 제40조의 규정에 의하여 범죄의사의 단일성이 실정법상 한계지어진다고 본다.

동 학설에 대하여는 범죄의 정형성을 무시할 염려가 있다거나⁹⁾ 범죄의사의 수를 정할 기준을 새로이 확립해야 한다는 문제점이 있다고 지적되기도 한다.¹⁰⁾

그런데 현재 전적으로 주관주의 입장에서 형법을 조망하는 학자가 없다는 점에서 동 학설을 지지하는 견해가 여전히 존재하는지 의문이다. 또한 범죄의 정형성을 무시한다거나 범의의 개수를 결정하기 위한 새로운 기준이 필요하다는 비판에 대하여는, 범의라는 것은 주관적 구성요건요소로서 모든 범죄에 있어서 반드시 요구되는 구성요건의 일부라는 점 및 판례나 학설은 범의(고의)의 존재여부에 대하여 나름의 판단기준을 정립¹¹⁾하고 있다는 점에서 반드시 타당한 비판이라고 하기는 어려워 보

8) 이건호, 형법학개론, 고려대학교출판부, 1964, 203면.

9) 오영근, 앞의 논문, 120면; 이기현, 앞의 논문, 115면; 이훈동, “죄수론의 신체계”, 형사법연구 제7호, 한국형사법학회, 1994, 98면; 임웅, 앞의 논문, 498면.

10) 이기현, 앞의 논문, 115면.

11) 판례는 개별범죄마다 조금씩 다른 기준을 제시하고 있는 듯 보여도, 기본적으로 행위자의 인적 품성요소와 객관적 행위사정을 범의 판단 요소로 보고 있다. 예컨대 사기죄의 고의에 대하여, “사기죄의 주관적 구성요건인 편취의 범의는 피고인이 자백하지 않는 이상 범행 전후의 피고인 등의 재력, 환경, 범행의 경위와 내용, 거래의 이행과정 등과 같은 객관적인 사정 등을 종합하여 판단할 수밖에 없다”고 보는데, 이때 판례가 열거한 요소들이 범의의 판단 기준이 될 것이다.(大判 2012. 5. 12. 2010도6659; 大判 1994. 10. 21, 94도2048 등 참조). 또는, 살인죄의 범의에 대하여는 “피고인이 범행에 이르게 된 경위, 범행의 동기, 준비된 흉기의 유무·종류·용법, 공격의 부위와 반복성, 사망의 결과발생 가능성 정도 등 범행 전후의 객관적인 사정을 종합하여 판단”한다.(大判 2009. 2. 26, 2008도9867; 大判 2006. 4. 14, 2006도734; 大判 2002. 2. 8, 2001도6425 등 참조). 한편 판례는 정범뿐만 아니라 방조범의 고의 판단기준도 제시하고 있는 바, 大判 2010. 3. 25, 2008도4228; 大判 2010. 2. 25, 2008도4844는 “방조범은 정범의 실행을 방조한다는 이른바 방조의 고의와 정범의 행위가 구성요건에 해당하는 행위인 점에 대한 정범의 고의가 있어야 하나, 이와 같은 고의는 내심적 사실이므로 피고인이 이를 부정하는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 이 때 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단”하여야 한다고 본다.

인다.

4. 총체적 구성요건표준설과 다른 학설과의 관계

총체적 구성요건표준설은 실제로 발생한 행위가 몇 개인가와 관계없이 행위자에 의하여 실현된 구성요건의 개수를 기준으로 삼는다. 한 개의 행위는 그것이 특정 구성요건으로 존재하는 경우에만 형법상 평가받을 수 있기 때문이다. 따라서 구성요건의 단일성이 일죄 성립의 기준이 되므로, 비록 하나의 행위라 하더라도 구성요건의 충족 횟수가 수회가 된다면 수개의 범죄가 성립한다. 수개의 행위가 수개의 구성요건을 충족하면 수개의 범죄가 됨은 물론이다. 그 결과 하나의 행위로 수개의 범죄가 성립하는 상상적 경합의 경우 수죄가 된다. 반면 처음부터 하나의 구성요건 충족을 위하여 수개의 행위를 요구하는 범죄는 언제나 일죄가 된다고 본다.

한편, 범죄의 개수를 결정하는 기준은 최종적으로 범죄의 성립요건을 종합적으로 고려하여 결정하는 것이 타당하다는 전제에서 ‘범죄표준설’ 내지 ‘범죄성립요건표준설’을 주장하는 견해가 있다.¹²⁾ 이에 따르면 범죄론의 체계를 고려하여 우선 구성요건해당성으로 범죄의 개수를 판단할 수 있는 것이라면 그것으로 처리하고, 그것이 곤란하면 위법성 그리고 다시 책임을 고려해 나가는 단계적 사고가 적당하다고 한다. 따라서 구성요건해당행위가 수 회 있어도 불법책임의 내용이 일체정이 인정되어 구체적 사실이 하나의 법조에 의하여 일회적으로 평가될 수 있으면 일죄이고, 그렇지 않은 경우에는 수죄가 된다고 한다.

이에 대하여는 연속범의 경우처럼 수개의 독자적인 행위가 반복적으로 동일한 구성요건에 해당할 경우 이를 합리적으로 설명하기 어렵다는 비판이 있다.¹³⁾ 그러나 이러한 비판은 구성요건표준설과는 무관하게 연속범이라는 범형상을 형법상 인정할 것인가 하는 또 다른 문제를 제기한다. 연속범이 반드시 일죄이어야 하는 명문의 규정이나 이론이 검증된 바 없기 때문이다.

기본적으로 구성요건이라는 것이 금지하고자 하는 불법을 유형화한 것이라면, 범

12) 이훈동, 앞의 논문, 99면 및 동문 각주 17)에 따르면 林 幹人, “罪數論”, 刑法理論の現代的展開(II), 1990, 272면 역시 동일한 견해라고 소개하고 있다.

13) 백형구, “죄수론의 신체계, 변호사 제26집, 1996. 509면.

죄성립의 기준은 구성요건 충족횟수로 결정되어야 한다. 이 때, 구성요건의 충족횟수는 형법에 의하여 금지하고자 하는 불법실현이 횟수가 된다. 따라서 궁극적으로는 불법의 실현 또는 완성이라고 할 만한 가치평가가 이미 구성요건 충족횟수를 평가함에 있어 바탕이 된다.

불법의 실현은 불법의 본질인 행위불법과 결과불법의 완성을 통해서 이루어지므로, 결과적으로는 행위불법과 결과불법의 요소를 이루는 객관적 구성요건인 행위(행위표준설), 법익(법익표준설), 주체 및 객체의 특수한 표지와 주관적 구성요건인 범의(의사표준설)가 모두 충족되어야 한다는 점에서 총체적 구성요건표준설은 그 외의 모든 범죄성립 단위에 관한 학설들을 통합하는 기능을 하게 된다.¹⁴⁾ 이러한 의미에서 위의 모든 학설들은 범죄 성립 기준의 단면만을 강조한 것이며, 범죄성립 판단에 있어서 불필요한 요소들이 아니다. 따라서 총체적 구성요건표준설은 그 외의 학설들과 분리되는 독자적 기준이 아니다. 뿐만 아니라 구성요건표준설을 취할 때에도 행위의 수에 관한 판단은 행위표준설을 원용해야만 하며, 범의의 통일 또는 분리여부는 의사표준설을 따를 수밖에 없다. 이처럼 총체적 구성요건표준설에 따른다면 범죄성립 기준은 불법의 개별요소로 환원된다.¹⁵⁾¹⁶⁾

14) 오영근, 앞의 논문, 117면 이하에서는 총체적 구성요건표준설이 타당하기는 하나, 모든 요소들을 종합해야 한다는 점이 실질적으로는 언제 어떻게 어떤 학설을 적용할 것인가가 분명하지 않으면 법관의 자의로 죄수판단을 하게 되는 위험성이 있다고 본다. 따라서 죄수결정을 위한 구체적 지표 14개를 제시하고 있는 바, 행위가 복수이고 나머지가 단일한 경우, 침해법익이 복수이고 나머지가 단일한 경우, 구성요건충족이 복수이고 나머지가 단일한 경우, 범죄의사가 복수이고 나머지가 단일한 경우, 행위 및 피해법익이 단일하나 구성요건충족과 범죄의사가 복수인 경우, 행위 및 구성요건충족이 단일하나 피해법익과 범죄의사가 복수인 경우, 행위 및 의사가 단일하나 피해법익과 구성요건충족이 복수인 경우, 피해법익 및 구성요건충족이 단일하나 행위와 의사가 복수인 경우, 피해법익 및 의사가 단일하나 행위와 구성요건충족이 복수인 경우, 구성요건충족 및 의사가 단일하나 행위 및 피해법익이 복수인 경우, 행위만이 단일하고 나머지가 복수인 경우, 침해법익만이 단일하고 나머지가 복수인 경우, 구성요건충족만이 단일하고 나머지가 복수인 경우, 의사만이 단일하고 나머지가 복수인 경우가 그것이다. 물론 이러한 지표는 객관적인 기준으로 작용할 수 있으므로, 자의적 판단을 배제하는 기능을 할 수 있을 것이다. 그러나 구체적인 사례에서 예상되는 행위의 전 과정들은 그 이외의 서로 다른 많은 요소들을 포함하고 있다는 점에서, 이러한 병렬적 기준의 제시는 한계가 있을 것으로 보인다.

15) 김성돈, “죄수결정의 기준”, 200-205면에서 논의하는 구성요건 자체의 해석을 통해서 죄수를 쉽게 확인할 수 없는 사례유형들은, 위와 같은 취지에서 이미 구성요건 자체의 해석방법이라고 보여진다.

III. 일죄성립의 개별요건의 검토

1. 일죄요건으로서의 행위

가. 단일행위에 의한 일죄

구성요건행위가 하나의 사회생활상 행위를 요구하는 경우에는 언제나 일죄가 된다. 여기에서 ‘하나의 행위’라 함은 일회의 외부적 신체의 변동을 통해서 발생하기도 하지만, 불가분적 연속선상에 있는 행위도 포함된다.

수개의 서로 다른 행위를 하나로 통합하여 하나의 구성요건충족이라고 평가하는 새로운 범죄의 존재방식을 행위통합적 구성요건¹⁷⁾이라고 지칭하면서 계속범, 결합범, 협의의 포괄일죄, 상습범, 영업범 등 포괄일죄에 해당하는 하위개념들을 포함시키기도 한다. 따라서 ‘행위통합적’이란 행위의 ‘포괄’과 동일한 의미인 듯하다. 행위통합적이라고 할 때에는 이미 다수의 행위를 전제로 할 뿐만 아니라, 외관상 수개의 구성요건을 충족하는 다수의 행위가 ‘행위통합적’으로 단일의 구성요건충족으로 평가된다는 것은, 외관상 수개의 구성요건을 충족하는 다수의 행위가 ‘포괄하여’ 일죄가 된다는 것과 동의어이기 때문이다. 그러나 포괄일죄의 하위개념들이 과연 일죄인지 여부에 대하여는 개별적인 논의가 다시 이루어져야 할 것이다. 또한 ‘행위통합적’ 구성요건이 어떤 이유에서, 어느 경우에 그리고 어떤 과정을 거쳐서 어떻게 ‘다수의 행위에 의한 구성요건실현을 프로그램화하고 있는’ 것인지 여부와 그 프로그램화가 법적 정당성을 당연히 부여받는지 여부에 대하여는 보다 구체적인 논의들이 제시되어야 할 것이다.¹⁸⁾

16) 총체적 구성요건표준설에 따르면라도 사회생활상 행위와 구성요건행위는 구별해서 판단해야 할 것이다. 단일의 사회생활상 행위는 동시에 구성요건행위가 될 수도 있고, 다수의 사회생활상 행위가 단일의 구성요건행위가 되기도 한다. 본 논문에서 행위는 사회생활상 행위를 지칭하고자 한다.

17) 김성돈, 앞의 논문, 199면; 김일수, 한국형법(II), 193면; 최호진, “상습범의 상습성 판단자료와 죄수판단”, 비교형사법연구 제7권 제1호, 한국비교형사법학회, 2005/7, 359면.

18) 그런데 이러한 정의는 순환론에 빠지는 것은 아닌가 하는 점과 현재 포괄일죄에 해당하는 범죄들이 언제나 다수의 행위를 전제로 하는 “행위통합적 구성요건”인가 하는 점에서 의문이 든다. 즉, 행위통합적 구성요건은 포괄일죄라는 의미는 행위를 통합하는 과정이 행위를 포괄하는 과정이라는 의미에서 동의반복은 아닌지라는 의심과 함께, 포괄하는 과정의 법적 근거 또는 법적 기술을 제시

구성요건표준설이, 반복된 행위가 동일한 구성요건에 수회 해당하는 경우 죄수판단이 어렵다는 비판을 받은 이유를, ‘동일한 범죄의 구성요건요소들’이 중복하여 여러 개 존재하는 경우에 죄수를 확실히 결정할 수 있는 세부적인 기준을 마련하지 못하고 있다는 점에서 미완이라고 보면서, 이러한 문제의 해결은 ‘실행착수의 수’에 있다고 보는 견해가 있다.¹⁹⁾ 이에 따르면 실행착수의 독립성은 ‘동일한 범죄의 똑같은 구성요건요소들’이 중복하여 병존하는 경우, 동일한 구성요건해당성의 독립성을 객관적으로 확보해 준다는 의미에서 ‘독립된 실행착수의 수’는 동일한 구성요건해당성의 독립적인 횟수를 결정짓는 객관적인 기준이 될 뿐만 아니라, 동일한 범죄의 독립적인 수를 결정짓는 세부기준이 된다고 한다. 그러나 실행착수의 수를 범죄의 수라고 보아, 실행착수의 수를 기준으로 한다고 하더라도 실행착수의 개수를 결정하는 기준이 다시 제시되어야 할 것이다. 동일 또는 동종의 행위들이 다수 존재할 때 어느 기준으로 실행착수의 개수를 정할 것인가는 또다시 행위 이외에 고의, 법익 등 다른 구성요건요소들을 고려하지 않을 수 없게 되기 때문이다.²⁰⁾ 예컨대 동일한 법익에 속하는 범죄를 수차례 걸쳐서 실행하여 마지막 행위로부터 결과발생이 이르게 되었다면, 외형상 행위는 수개이더라도 법익의 관점에서 일죄로 평가되어야 한다. 또는 동일한 기회에 수인의 재물을 훔쳤다면 외형상 수개의 법익을 침해한 듯 보이더라도 고의의 관점에서 일죄로 평가되어야 한다. 이처럼 일죄의 요건 중, 행위는 평가요소의 일부일 뿐이며 그 외의 구성요건요소들을 모두 고려할 때에 일죄성립여부를 판단할 수 있다.

나. 포괄일죄의 하위개념들의 일죄

종래 포괄일죄의 하위개념으로 분류되는 계속범은 구성요건상 요구되는 행위가 불가분이라는 점에서 단일행위로 보아야 한다. 주거침입이라든가 잠금 등의 행위는

하는 것은 아니라고 보여진다.

- 19) 임광주, “죄수결정의 기준”, 한양법학 제22권 제3집, 한양대학교 한양법학회, 2011/8, 292면.
- 20) 예컨대 뇌물을 시간적 간격을 두고 수회 나누어 교부하는 경우, 수회의 반복되는 행위 중에 최초의 행위만이 실행의 착수인가 여부는 다시 행위간의 견련성을 다른 구성요건요소들로부터 찾아낼 수밖에 없다. 이 경우 2회 또는 3회의 행위는 왜 실행착수라고 보아서는 안되는지는 객관적으로 존재하는 행위만으로는 판단할 수밖에 없기 때문이다.

행위가 외형상 시간적으로 분리되지 않는다는 점에서 언제나 구성요건행위는 단절됨이 없이 수행된다. 따라서 시간적, 장소적으로 분리되지 않는 행위는 ‘다수의 행위’라고 평가할 만한 그 어떤 요소도 존재하지 않는다. 계속범에 해당하는 행위가 외부적 요인이나 행위자의 내심의 고의에 의하여 단절되었다가 다시 행해진다면 전자의 행위와 후자의 행위는 분리되는 두 개의 행위가 된다. 만일 그러한 분리되는 행위로 인한 동일한 형벌법규위반이 ‘일죄’로서 평가되는 경우가 있을 수 있다면, 이는 행위적 요소가 아닌 행위자의 주관적 태도인 단일의 고의가 인정될 때에만 가능해진다.

역시 포괄일죄의 하위개념으로 분류되는 결합범 역시, 외형상 다수의 행위가 존재하지만 구성요건이 다수의 행위를 요구한다는 점에서 일죄에 해당한다. 대체로 결합범의 경우에는 결합범의 일부를 이루는 행위에 대한 법조경합 중 특별관계에 놓이게 된다. 반대로 다수의 행위를 요구하는 범죄의 일부를 이루는 행위가 각각 독립적으로 범죄를 성립시키지 않는 경우에는 모든 행위에 대하여 법조경합 중 특별관계가 성립하지 않기 때문에 결합범이 아니다.

다. 다수행위에 의한 일죄

다수행위에 의한 일죄성립은 두 가지 형태로 구분된다. 구성요건 자체가 다수의 행위를 범죄성립의 요건으로 요구하는 경우와 구성요건 자체는 단일행위로도 언제나 성립할 수 있지만 다수행위가 단일의 고의 또는 단일의 법익침해로 인정되는 경우이다. 후자가 포괄일죄 중 연속범, 점속범, 영업범, 상습범 등에 해당한다. 구성요건 자체가 다수의 행위를 요구할 때에 ‘일죄’를 인정함에 있어서는 아무런 이견이 없다. 그러나 후자의 경우 중, 다수의 행위가 단일의 법익침해로 인정되는 경우에는 단일의 고의를 인정할 수 있겠지만 언제나 그러한 결론에 다다른 것은 아니다.²¹⁾

21) 여기에서는 포괄일죄가 일죄인가 여부를 전적으로 긍정하지 않고자 한다. 포괄일죄의 인정실익은 “정당한 불법성 평가”, 즉 이중평가의 금지에 있다. 외형상 존재하는 다수의 행위가 불법성의 측면에서 단일의 행위로 인한 법익침해와 규범적으로 동일한 평가가 요구되는 경우에는 행위자에 대한 이중평가의 결과가 초래됨을 방지하기 위하여 포괄하여 일죄라고 평가하게 된다. 그러나 실제로는 외형상 다수로 존재하는 행위가 단일행위와 불법성이 동등한 경우라는 것은 극히 예외적인 것이다. 행위의 다수성은 행위의 복수 존재 자체가 가지는 불법성이 행위의 단수의 불법성보다는 양적으로

2. 일죄 요건으로서의 고의

가. 단일고의의 의미

고의는 행위의 전과정에서 동전의 양면처럼 모든 행위에 존재하여야 하며, 이는 의사의 단일성으로 나타난다. 행위자의 주관적 의사방향은 행위마다 존재하여야 하지만, 구성요건에서 요구하는 행위 수와 관계없이 고의는 단일하게 평가된다.

그런데 포괄일죄의 경우에는 ‘계속고의’ 또는 ‘전체고의’ 내지 ‘연속고의’라는 새로운 기준을 제시하여 외형상 분리되는 수 개의 행위들 간의 연결을 주관적 요건인 고의에 의존하고자 한다. 이 경우 주관적 고의의 단일성은, 행위자가 동일한 기회에 동가치적인 행위를 행하였다는 점에서 단일한 고의가 인정될 수도 있겠지만, 어느 정도의 정황이나 외부적 상황이 존재하여야만 외형상 다수의 행위를 고의를 통해서 동가치적 행위로 단일화할 수 있는가는 새로운 기준이 제시되어야만 할 것이다. 다만 이 경우에는 다수의 행위를 단일행위와 “동가치”로 평가할 것인가 여부가 판단자의 주관적 법적 감정이 개입될 소지가 매우 높다는 점에서 법적 불안정성을 초래할 우려가 있다.

또한 고의는 행위당시의 행위자의 주관적 표상으로서, 행위가 행위자의 내심의 의사에 부합함을 의미하는 것이지, 고의간의 새로운 연결방식을 제시하여 이를 다시 행위의 통합적 요건으로 사용하는 것이 타당한지도 의문이다. 즉, 행위의 존재를 우선 확인하고 그것이 행위자의 내심의 의사와 일치하는가 여부는 범행 전후의 행위자의 개인적 사정, 환경, 범행의 경위와 내용, 범행도구나 공격정도 등 범행전후의 객관적인 사정 등을 종합하여 판단할 수밖에 없을 뿐인데, 먼저 고의가 전체적으로 연결되어 있는가를 확인한 후에 행위들을 연결되는 고의들에 맞추는 것이 가능한가의 문제인 바, 이는 부정함이 타당할 것이다.

특히 포괄일죄에서 일죄요건으로서의 고의는 단일고의에서 변형된 연속고의 또는 계속고의의 형태로 인정되면서 외형상 다수의 행위를 포괄하여 “일죄”로 구성함에 있어서 주된 역할을 하지만, 앞서 언급한 바에 의하여 포괄일죄 자체에 대한 비

는 언제나 크게 되며, 질적인 면에서도 ‘=’의 등식이 성립되는 경우란 매우 협소할 것이라는 점에 예상가능할 것이다.

판을 면하기 어려울 것이다.

2. 다수행위에 대한 고의 평가방법

단일의 법익침해를 향한 다수의 행위에 대한 고의는 단일고의로 보아야 한다. 그러나 행위수행에 있어서 법익침해를 향한 다수의 행위가 그 방식에 있어서 전혀 다르다면 객관적 사정을 통하여 단일고의를 부정할 수도 있을 것이다. 예컨대 만일 행위자가 단일한 법익침해를 향하여 최초의 행위를 통한 결과발생을 실패하고 난 후 나중에 다시 다른 행위방법이나 수단을 통하여 결과발생에 이르렀다면 전자의 미수와 후자의 기수는 독립된 두 개의 범죄가 된다. 이 경우 단일의 법익침해를 향한 다수의 행위이기 이미 존재하기 때문에 객관적 사정인 행위방식의 동종성 여부는 고의가 단일한가 여부를 판단하는 기준이 된다는 점에서 일죄 성립여부를 판단하는 기준이 된다.

그러나 절도를 계획한 자가 미리 물색해 놓은 범행장소 근처에서 도구를 하나 집어 들어, 이를 가지고 문을 부수다가 인기척에 놀라서 도망하면서 원래는 범행장소에 두고 가려고 했던 (처음에는 절취의 대상으로 삼지 않았던) 도구를 가지고 갈 결심을 하고 가져간 경우를 상정해 보자.²²⁾ 이것이 과연 주거침입절도미수죄와 도구의 단순절도죄라는 두 개의 범죄로 분리되어야 하는가는 주거침입절도죄라는 단일고의에 전과정의 행위가 포섭되는가 아니면, 도구의 절도는 주거침입절도죄라는 최초의 고의와는 분리되는 별개의 고의로 평가되는가의 문제이다. 단일고의는 구성요건표지에서 요구하는 모든 행위의 전과정에 미치는 행위자의 내심의 태도이다. 그리고 구성요건에서 요구하는 모든 행위에 대하여 사전에 모든 고의가 존재할 필요는 없으며, 행위도중 내심의 태도를 가지기 시작하였다면 이는 충족된다고 하여야 할 것이다.

그런데 구체적으로는 몇 가지 형태의 예를 통해서 이를 확인할 수 있을 듯하다. 첫째, 예컨대 강도가 강취행위 도중 강간의 의사가 생겼다면 강도강간죄에서의 단일고의는 강도강간의 고의로써, 이때 강간의 고의는 처음부터 존재할 수도 있지만

22) BGH MDR 1969, 722(김성돈, 앞의 논문, 205면 재인용).

강도행위 도중에 새로운 고의로 발생한 내심의 태도가 강도강간죄라는 하나의 구성요건표지에 부합하는 주관적 구성요건요소로서 일죄의 단일고의로 법적 평가가 이루어져야 한다. 특히 다수의 행위를 일죄성립에 요구하는 경우에 있어서는 행위자의 내심의 변화과정이 일죄성립에 고려되어야 하고, 최초로 형성된 내심의 태도만으로 일죄여부를 판단해서는 안 될 것이다. 둘째, 반대로 최초로 구성요건에서 요구하는 고의가 모두 형성되어 있었음을 전제로, 처음에는 객관적 구성요건표지에 대하여 구체적 대상이라든가 방법에 대하여 불확정적이었던 것이 행위과정에서 행위정황에 따라 확정되어 갔다면 이때에는 하나의 범죄에 대한 단일고의를 인정해야 할 것이다. 셋째, 행위과정에서 생긴 새로운 내심의 고의가 독립된 범죄성립을 실현시키는 경우이다. 예컨대 야간에 주거침입의 고의로 타인의 주거에 들어가다가 절취의 의사가 생겨서 절취행위까지 한 경우, 주거침입죄와 단순절도죄의 상상적 결합으로 볼 것인가 아니면 야간주거침입절도죄로 보아야 할 것인가의 문제라고 할 수 있지만, 이미 주거침입죄가 기수에 이른 후에 발생한 새로운 내심의 고의는 이미 고의에 의한 구성요건충족이 완성된 이후의 새로운 고의이기 때문에 앞서 언급한 구성요건표지의 완전한 충족이 이루어지기 전에 발생한 고의와는 다르다. 따라서 이 경우에는 단일고의로 묶일 수는 없고 독립된 두 개의 범죄가 성립한다고 보아야 한다.

행위방식 또는 행위과정에서 발생하는 고의를 위와 같이 나누어 살펴본다면, 앞선 사례는 야간주거침입절도죄의 고의와 단순절도죄의 고의가 반드시 분리되어야 하며, 단일고의로 평가되어서는 안 되는지 의문이다. 만일 주거침입만 하고자 하였으나 침입후 절도의 고의가 발동하였다면 주거침입죄와 단순절도죄는 독립된 두 개의 고의가 인정되어야 한다. 그러나 처음부터 야간주거침입절도의 고의를 내심에 확정하였다면, 구체적인 절취의 과정이나 절취의 대상은 행위정황에 따라 확정되어 가거나 변화되어 가더라도 야간주거침입절도죄라는 구성요건표지에 부합하는 단일고의로 인정되어야 할 것이다. 재판부는 행위방식의 동종성이란 최초의 행위를 다시 하려고 하는 경우에만 유지되는 것이지 지금껏 계획하지 않았던 다른 행위를 하려고 하는 경우에는 동종성이 사라진다고 보았다. 그러나 고의는 행위 당시에 행위에 부합하는 행위자의 주관적 태도이지, 사전계획으로 고의가 확정되는 것은 아니

다. 따라서 처음의 계획은 도구로 문을 부수고 안에 있는 물건을 절취하고자 하였으나, 행위과정에서 처음의 계획과는 달리 문을 부수다가 문을 부수는데 이용한 물건을 절취하였다고 하더라도 이를 행위방식의 동종성이 인정되지 않는 경우라고 할 수는 없을 것이다. 야간주거침입절도죄에서의 고의는 행위의 전과정, 즉 야간주거침입에서부터 타인의 재물의 절취시점까지 존재하기만 하면 되고, 그 과정에서 일어나는 행위정황에 따른 내심의 주관적 태도의 세부적 변화들이 야간주거침입절도죄의 행위를 분리하는 주관적 요소로 작용하지는 않는다고 보아야 할 것이기 때문이다.²³⁾ 즉, 행위방식의 동종성 여부는 개별행위가 독립적으로 범죄의 구성요건을 충족시키는 경우, 이와 같이 외형상 존재하는 다수의 행위를 단일 법익침해를 향한 동종의 행위인가 여부를 내심의 고의를 통해서 확정하고자 하는 취지이지, 구성요건을 완전히 충족하는 다수의 독립된 행위라고 인정할 만하지 않음에도 불구하고 고의를 분리하여 다수의 범죄를 인정하고자 하는 것은 아니다.

다. 소위 ‘사용절도’에 있어서 고의평가 방법

고의가 구성요건행위의 전과정에 존재해야 한다는 점은 사용절도와 같은 사례에서도 다른 시각을 요구한다. 사용절도란 주관적 구성요건요소로서의 고의의 문제가 아니라, 불법영득의사라는 초과주관적 구성요건의 결여를 의미한다. 사용절도에 있어서도 고의는 존재하지만 최초의 행위시점에 불법영득의 의사가 없었을 뿐이다. 그러나 불법영득의사와 고의를 완전히 분리하여 평가하기는 사실상 불가능하다. 다만 절도죄와 손괴죄의 구분, 또는 절도죄와 사용절도죄와의 구분척도로서 사용되고 있을 뿐이다. 그리고 사용절도에 해당하는 경우를 일반적으로 몇 가지 유형으로 범주화하고 있다. 반환의 의사로 가져갔다가 반환하지 않은 경우, 반환의 의사로 가져갔지만 원래의 자리에 돌려놓지 않은 경우, 반환의 의사로 가져갔지만 사회생활상 반환의사를 인정하기 어려울 정도로 장시간 점유한 경우, 반환의 의사로 가져갔지만 대상물의 효용가치를 손상시켜서 처음의 물체의 형상 또는 성질이 사라진 경우 등이다.

23) 반면 김성돈, 앞의 논문, 205면은 행위자는 원래 침입절도를 범하려고 하였으나 그 후 단순한 절도를 결의하였기 때문에 행위수행방식의 동종성이 인정되지 않는다고 본다.

초과주관적 구성요건요소를 포함한 행위자의 주관적 내심의 태도는, 사용절도에 있어서도 범죄성립여부와 관련하여 “행위의 전과정”에 존재하여야 한다. 처음에는 절취의 고의 없이 반환의사를 가지고 타인의 재물을 일시 가지고 갔다가 후에 내심의 의사가 변경되어 반환하지 않고 방치한 경우에도 고려되어야 한다. 이 경우 절취의 고의는 타인의 재물을 일시 가지고 가는 시점부터 존재한 것이 아니기 때문에, 방치한 시점부터 타인의 재물에 대한 효용침해라는 ‘손괴의 고의’가 존재한다고 보아야 할 것이다. 또는 사용절도의 한 사례 중 처음에는 반환의 의사로 가지고 갔지만 후에 재물의 가치를 침해하여 반환한 경우 또는 원래의 장소가 아닌 다른 곳에 방치한 경우에도, 고의의 측면에서는 절도죄로 보기 어렵다. 최초 반환의 의사에는 절취의 고의가 없기 때문에, 재물의 가치 또는 효용을 침해하는 시점부터 ‘손괴의 고의’라고 보아야 할 것이다. 역시 마찬가지로 처음에는 반환의 의사가 존재하였으나, 사회통념상 용인할 수 없을 정도의 장시간 점유하고 있었던 경우에는 장시간의 점유를 개시하는 시점에 이를 재물의 효용가치를 침해한 것으로 보아야 하기 때문에 이 시점부터 ‘손괴의 고의’라고 보아야 할 것이다.²⁴⁾

그 결과 사용절도가 부정되어 절도죄가 인정되는 모든 사례는 행위의 전과정에서 단일의 고의가 존재하였는가 여부에 대한 평가를 통하여 절도죄가 아닌 손괴죄가 성립한다고 보아야 할 것이다.

3. 일죄 요건으로서의 법익

가. 불법의 질적·양적 증가와 죄수

행위가 목적하는 법익침해 또는 위태화가 다수의 행위 또는 단일의 행위의 범죄성립 개수를 결정하는데 있어서 주요한 기준이 된다. 법익은 결과반가치의 측면에서 불법을 징표하면서, 법익침해의 독자성 또는 단일성 여부를 판단할 수 있는 지표

24) 반면 오영근, “2012년도 중요 형법판례”, 제251회 한국형사판례연구회 발표문, 2013/2/4, 15면은 사용절도가 불법영득의사가 없어서 절도죄의 구성요건해당성이 없다고 하는 것은 논리적으로 모순이므로, 불법영득의사를 초과주관적 구성요건요소로 인정하지 않고, 사용절도는 절도죄의 구성요건에는 해당하지만 위법성이 조각되는 행위라고 본다. 즉, 위법성조각사유 중 ‘사회상규에 위배되지 않는 행위’라고 보는 것이다.

이기 때문이다. 예컨대 동일한 전속적 범익침해를 향한 다수의 행위들은 하나의 범익침해라는 관점에서 비록 외형상 수개의 행위가 존재한다고 하더라도 하나의 범죄를 인정하게 된다. 또는 다수의 전속적 범익침해를 향한 하나의 행위는 다수의 범익침해라는 관점에서 비록 외형상 한 개의 행위가 존재한다고 하더라도 다수의 범죄가 성립한다고 보아야 한다. 일신전속적 범익침해의 경우에는 하나의 행위에 의한 다수의 범익침해가 불법성의 양적 증가로 판단될 수 없다.

반면 비전속적 범익침해 또는 위태화에 있어서는 다수행위에 의한 하나의 범익침해는 불법성의 양적 증가 또는 무변동으로 평가될 수 있다.²⁵⁾ 이 때 후행행위들은 불가벌적 사후행위로 평가되는 바, 불가벌적 사후행위는 처벌되지 않는 것이 아니라 선행행위의 불법성 평가에 후행행위의 불법성도 포함되어 처벌되는 것이기 때문에, 후행행위가 선행행위와 질적으로 다른 법적 평가를 받아야 하는 불법성의 징표를 드러내어서는 안 되며, 드러내지 않을 때에만 이중평가의 문제가 발생하지 않는다. 그러나 일신전속적 범익의 경우에는 범익의 귀속자가 가지는 고유의 인격적 특성으로 인하여, 독립되어 이루어지는 다수의 행위들, 또는 하나의 행위로 이루어지는 다수의 범익침해를 총체적으로 평가할 수 없게 된다. 일신전속적 범익은 범익침해 여부가 범익의 귀속자와 분리되어 평가될 수 없고, 다수의 행위들에 의하여 다수의 범익이 침해된다면 범익귀속자별로 독립된 개별 불법성을 인정해야 하기 때문이다. 이를 불법성의 양적 증가와 질적 증가라고 표현하기도 한다.²⁶⁾ 즉, 일신전속적 범익의 침해에 있어서는, 양적 증가에 있어서는 표적이 되는 범익이 동일하기 때문에 행위가 분리되지 않고 양적으로 증가하기만 하기 때문에 하나의 범죄이지만, 질

25) 전속적 범익침해에 대하여는 범익의 귀속자의 수를 범죄의 개수로 보는데에는 일치하지만, 비전속적 범익을 향한 행위에 대하여는 범익의 주체가 다수이더라도 1개의 구성요건해당성에 의한 일죄가 성립된다고 보는 견해(김성돈, 앞의 논문, 216면; 김일수/서보하, 형법총론, 675면)과 행위의 시간적, 장소적 근접성 및 범의의 단일성 여부에 따라 죄수가 결정된다고 보는 견해(이기현, 앞의 논문, 120면)가 서로 상이한 주장인 듯 보이기도 한다. 그러나 전자는 후자는 대상범죄가 연속범 또는 점속범의 형태로 다수의 행위가 발생할 경우 시공간적 근접성이나 범의의 측면, 즉 포괄일죄의 요건을 충족했는가 여부에 따라 이를 충족하면 일죄로 보고, 충족하지 못하면 개별범죄는 독립된 다수의 범죄라고 보고자 하는데 있어서는 견해가 서로 상반되지 않는 것으로 보인다.

26) 김성돈, “죄수결정의 기준”, 215면 및 “전속적 범익침해의 경우 죄수문제와 경합문제”, 성균관법학 제13권 제1호, 성균관대학교 법학연구소, 2001/4, 132면은 “동종의 불법으로 총합될수 있는 경우”만이 단순한 양적 증가로 인정되며, “동종의 불법이 양적으로 증가하여 어떤 범죄의 전제결과로 평가될 수 있는 경우에만 일죄로 인정될 수 있는 것”이라고 표현하고 있다.

적 증가가 일어나게 되면 전속되는 법익의 수만큼 질적 증가가 발생하며 그만큼 다수의 범죄가 성립된다고 보는 것이다. 이처럼 일신전속적 법익과 비전속적 법익은 행위의 개수가 아닌, 침해되는 법익의 수에 따라 일죄여부가 달라지게 된다.

나. 법익구별을 통한 일죄판단의 타당성

일신전속적 법익과 비전속적 법익간의 불법의 질적 증가와 양적 증가를 구분하는 견해에 대하여 다음과 같은 몇 가지 이유로 반박하기도 한다.²⁷⁾ 첫째, 비전속적 법익의 경우에도 피해자가 다수이면, 다수의 비전속적인 동일 보호법익이 침해되는 경우에 불법의 질적 증가는 없고 단순한 양적 증가만 존재하여 일죄만 성립한다고 보는 것은 잘못이라고 한다.²⁸⁾ 둘째, 불법의 양적 차이는 범죄의 수를 결정하는 죄수론의 단계가 아니라 형량을 범효과로서 부과하는 형량론의 단계의 문제라고 비판한다. 셋째, 보호법익이 전속적인지 비전속적인지 여하에 따라 성립하는 범죄의 수에 차별을 두더라도 제40조 상상적 경합에 의하여 가장중한 죄에 정한 것으로 처벌하기 때문이라고 한다. 그리고 제40조의 가장 중한 죄에 정한 형으로 처벌한다는 의미에 “동일한 여러 범죄의 경우에는 동일한 범죄의 1개 형으로 처벌한다”는 것도 포함하면 결과적으로 똑같이 진다고 한다.

그러나 이러한 비판은 다음과 같은 이유에서 타당하지 않다.

첫째, 일신전속적 법익이나 비전속적 법익이냐의 문제는 법익의 귀속자, 즉 피해자의 지위를 구성요건으로 포섭하는가 아닌가의 문제를 발생시키게 된다. 일신전속적 법익에 있어서 법익의 귀속자는 피해자임과 동시에 행위의 객체가 된다. 따라서 피해자인 법익의 귀속자는 객관적 구성요건요소의 일부를 이루는 ‘객체’의 지위를 가짐으로써, 범죄의 개수를 판단하는 기준으로 작용하게 되는 것이다. 반면, 비전속적 법익의 피해자는 법익의 귀속자이든 아니든 객관적 구성요건요소로서의 ‘객체’

27) 임광주, 앞의 논문, 287-289면

28) 임광주, 앞의 논문, 287면은 예컨대 다수인을 상대로 하여 똑같은 내용의 기망을 하여 다수인의 재산을 사취한 경우에는, 피해자 각각의 재산이 비전속적인 보호법익에 대해 여러 개의 침해가 있으므로 피해자마다 독자적인 불법이 존재한다고 보아야 한다고 한다. 뿐만 아니라 사기당한 피해자의 일부는 1천만원, 일부는 10억원의 재산상실의 존재하는 경우라면, 질적으로 같은 불법이더라도 그 불법의 양에 있어서는 차이를 인정할 수 있다고 본다.

와 동격이 되지 않는다. 따라서 객체로서 객관적 구성요건요소로 작용하지 않는 비전속적 법익의 피해자의 수는 범죄의 개수판단에 영향을 미치지 않는 것이다. 이러한 점에서 일진전속적 법익에 있어서는 법익의 수가 객관적 구성요건표지로서 행위의 ‘객체’의 수가 되기 때문에 범죄의 개수를 평가하는데 있어서 기준이 된다고 보아야 한다.

둘째, 불법의 양적 차이는 양형단계에서 참작사유로 사용될 수도 있지만, 범죄의 수를 결정하는 척도가 되어야 한다. 뿐만 아니라 피해의 규모만이 불법의 양적 차이를 결정짓는 요소는 아니다. 불법의 양적 차이인가 질적 차이인가는 이중평가금지의 원칙과 직결된다. 불법평가에 있어서 이중평가금지의 원칙에 의하면, 불법의 질적 증가는 구성요건단계에서 평가되므로 이를 다시 양형단계에서 참작요소로 고려해서는 안 된다. 반면 불법의 양적 증가는 구성요건단계에서 평가하지 않음으로써 양형단계에서 평가되는 것이다. 이처럼, 불법의 질적 증가인가 양적 증가인가는 이중평가금지원칙에 따라 범죄성립단계 또는 양형단계 중 어디에서 그러한 증가요인이 고려되어야 하는가의 차이를 발생시키는 것이다.

셋째, 형법 제40조를 매우 탄력적으로 해석하여 ‘가장 중한 죄에 정한 형으로 처벌한다’에 ‘동일한 여러 범죄의 경우에는 동일한 범죄의 1개의 형으로 처벌한다’는 의미도 포함한다고 해석하는 것은 범죄론과 죄수론 및 경합론의 구별을 모두 포기하는 해석이 되고 만다. 비판하는 견해에 따르면, 그것이 전속적 법익이든 비전속적 법익이든 ‘동일한 범죄의 1개의 형’이 법효과로서 부여된다는 면에서는 같다는 점을 강조하면서, 현행법상으로는 양자의 구분이 아무런 실익이 없다고 한다. 그러나 범죄성립과정과 일죄 또는 수죄의 성립여부는 처단상의 효과에 반드시 우선해야 하는 선결문제이다. 그리고 이는 형법이 처단형에 대하여 어떠한 법효과를 부여하고 있는가와와는 별개의 문제이다. 만일 우리 형법 제40조와 같이 결과적으로 과형상 일죄가 된다고 하더라도, 그 결과 명문규정상 ‘가장 중한 죄에 정한 형’을 부여하기 때문에, 반드시 전속적 법익과 비전속적 법익이 언제나 ‘동일한 범죄’의 1개의 형이라는 결론에 이르게 되는 것은 아니다.

따라서 총체적 구성요건표지설을 취할 때에는 법익 역시 단일 또는 다수의 행위의 범죄의 개수를 결정하는데 있어서 또 하나의 요소가 되어야 한다.

IV. 일죄판단의 과정과 경합

1. 행위단일성·행위다수성과 일죄성립과의 관계

죄수론과 경합론을 구분하지 않는 독일 형법체계에서 행위단일성의 개념을 통하여 독일형법 제52조 제1항을 해석하는 방법이 우리 형법체계와는 구조적으로 일치하지 않는다는 점과 그 결과 우리 형법상으로는 죄수론과 경합론을 구분하여야 하고 죄수론이 경합론 이전단계에서 선결되어야 하는 문제라는 점에 대하여는 이미 많은 논의들이 전개되어 왔다.²⁹⁾

행위단일성과 행위다수성의 구분이 경합론에서만 의미를 가지는 것은 아니다. 행위단일성이란 행위동일성을 의미하는 바,³⁰⁾ 행위동일성이란 구성요건을 충족하는

29) 이에 대하여는 김성돈, “형법상 죄수론의 구조”, 형사법연구 제9호, 1997, 199면 이하; 김용욱, “경합론의 체계적 구조”, 이형국교수 화갑기념논문집, 1998, 383면; 오영근, “죄수론에 관한 연구”, 한양대학교 법학논총 제18집, 한양대학교 한양법학회, 2001, 117면; 이경렬, “죄수론의 체계구성에 관한 시론”, 비교형사법연구 제2호, 한국비교형사법학회, 2000, 100면; 이기현, “경합범과 상상적 경합”, 형사판례연구[7], 한국형사판례연구회편, 1999, 155면.

반면 김선복, “상상적 경합의 법적 효과”, 형사법연구 제11호, 한국형사법학회, 1999, 130면 이하에서는 이러한 구별과 체계적 구성이 실질적으로 범죄성립 판단에 있어서 부정적인 결론에 이르고 있다. 이에 따르면 죄수론의 시작을 행위에서 출발하든 범죄에서 출발하든 범죄사실에 대한 법 적용의 결과에는 차이가 없고 순서가 바뀌어도 법률위반과 같은 문제는 생기지 않기 때문이라고 한다. (이에 대한 제비판으로는 이경렬, 앞의 논문, 108면 이하 참조).

30) 윤동호, “형법 제40조 1개의 행위”의 의미와 범주: 합목적적 행위단일성 논증, 형사법연구 제26호, 한국형사법학회, 2006, 299면 이하에서는 행위단일성의 의미를 세 가지로 이해한다. 우선 숫자적 의미의 하나라는 단일성과 질적인 의미의 동일성(Tugenhat/Wolf, Logisch-semantic Propädeutik, 1983, 168면)이 먼저 거론되는 의미라면, 세 번째 의미는 단일성 또는 질적인 의미의 동일성을 판단하기 위하여 전제되는 각기 다른 두 행위가 각각 단일한 행위라는 의미라고 본다. 그리고 이를 선제적 단일성 또는 객관적 자기동일성이라고 표현한다. 그러면서 행위가 대상인 경우에는 세 번째 의미는 제외된다고 본다. 즉, 숫자적 의미이 단일성과 두 개가 동일하다는 동일성만이 행위단일성의 의미라고 본다. 그러나 세 가지 범주의 의미 파악이 형법상 행위단일성을 파악하기 위하여 반드시 필요한 과정인지는 분명하지는 않은 듯하다. 물론, 질적 동일성은 다시 상대적 동일성과 절대적 동일성으로 구분되는 바, 성질상 절대적으로 동일하면서 숫자적 의미에서 서로 다른 대상을 발견하는 것은 매우 어렵지만, 그렇다고 질적 동일성을 숫자적 동일성과 같은 것으로 볼 수는 없다고 한다(각주8)Tugenhat/Wolf, Logisch-semantic Propädeutik, 1983, 170면). 따라서 단일성과 질적 동일성은 차이가 있다고 본다. 단일성은 서로 다른 두 개를 동일한 하나의 전체형상에 포섭할 수 있는가를 판단하는 방식인 반면에, 질적인 동일성은 일정한 기준을 근거로 서로 다른 두 개의 공통점과 차이점을 발견하여 동일성을 판단하는 방식이라고 한다. 이리하여 단일성은 수직

행위에 대하여 법적 측면에서 판단하였을 때, 수회의 구성요건 충족이 하나의 행위로부터 비롯되었다는 의미파악이 가능하다는 점에서는 상상적 경합을 표현하기에 적절한 용어이기도 하다. 물론 단일성과 동일성의 의미를 구분하기도 하지만,³¹⁾ 그와 같은 논리적 의미와는 별개로, 행위를 대상으로 할 때에는 단일성과 동일성은 동일한 의미라고 보여진다. 왜냐하면, 두 개의 서로 다른 행위가 하나의 전체형상으로 수직적으로 포섭되어 중첩될 수 있다면 두 개의 행위는 이미 “서로 다른 행위”가 아니다. 또한 서로 다른 행위의 공통점은 존재하되 차이점이 존재하지 않아서 두 개의 행위가 전적으로 동일하다고 판단된다면, 두 개의 행위는 역시 “서로 다른 행위”라고 할 만한 질적 차이가 발생하지 않았다고 볼 수 있다는 점이다.

행위단일성이 행위동일성을 의미한다면, 행위다수성은 법적 또는 구성요건적 충족 횟수가 수회의 서로 다른 행위의 존재를 전제로 한다. 이러한 의미에서는 행위단일성이란 본래적 의미의 행위단일성과 법적인 의미의 행위단일성(포괄일죄), 자연적 의미의 행위단일성³²⁾이 포함될 것이다. 이렇게 분류하는 입장에서는 계속범, 결합범, 접속범, 연속범, 집합범 등이 법적 의미의 행위단일성의 하위유형으로 분류되고, 법조경합과 상상적 경합도 행위단일성의 하위유형으로 포섭된다고 본다. 반면 실체적 경합과 불가벌적 사후행위는 행위다수성의 하위유형이 된다. 그러나 이미 죄수결정에 관한 우리 형법과 독일 형법의 비교연구에서 논증하였듯이, 이러한 의미의 행위단일성과 행위다수성을 통하여 일죄를 판단하는 것은 우리 형법체계와는 부합하지 않는 면이 있다. 행위단일성이 일죄에의 논리적 귀결이 반드시 성립하는 것도 아니고 수죄가 성립하기 위하여는 반드시 다수의 행위가 필요하다는 전제를 요구하는 것도 아니기 때문이다. 뿐만 아니라, 행위단일성으로 포섭하는 상상적 경합의 경우에도 실제로는 교집합 형태로도 성립가능하다는 면에서 하나의 행위로 다수의 범죄가 성립하는 것이라고 할 수도 없다.³³⁾

적 관점에서 그 대상이 지닌 성질과 대상사이 관련성을 통찰하는 반면, 동일성은 그 대상이 지닌 여러 성질을 정확하게 포착하여 이를 수평적인 관점에서 비교하는 것이라고 한다.

31) 이기현, “경합범과 상상적 경합”, 형사판례연구[7], 한국형사판례연구회편, 1999, 172면은 동일성이 단일성보다 더 풍부한 의미와 융통성을 갖는다고 설명한다.

32) 임웅, 앞의 논문, 117면.

33) 죄수론과 경합론을 구별하여, 우선 일죄여부부터 판단하고 난 후에 수죄성립의 경우에 경합론에 의하여 과형문제를 판단하는 것이 논리적 순서일 것이다.

2. 일죄여부 판단과정

가. 외형상 구성요건 충족과 법적 구성요건 충족

죄수를 결정하기 이전에 우선 외형상 존재하는, 인간의 의사에 의하여 외부세계 변동으로 드러나는 순수하게 자연적 의미의 행위들의 나열이 필요하다. 이는 외부적으로 존재하는 모든 행위의 법규위반 심사, 특히 구성요건충족 횟수 심사의 첫 출발점이 되는바, 이러한 열거작업을 통하여 형법적 평가대상에서 제외되는 행위와 그렇지 않는 행위들을 빠짐없이 포착하게 될 것이다.

이후 행위들의 동질성 여부에 대한 평가, 즉, 자연적 의미의 동질성이라든가 법적 의미에서의 동질성의 판단을 통하여 구성요건 충족여부에 있어서 구성요건적으로 1회 충족으로 평가될 수 있는가의 법적 심사가 이루어지게 된다.³⁴⁾ 이를 통하여 구성요건적으로 1회 충족을 넘어선다고 평가되면 비로소 수죄로서, 경합판단이 이루어지게 될 것이다.

이 과정들에서는 외형상 구성요건충족 여부의 심사과정과 법적 의미의 구성요건 충족 여부의 심사과정이 순차적으로 일어나게 된다. 우선 자연적 의미의 단일 또는 다수 행위에 대하여 구성요건충족 여부가 기술적이고 병렬적으로 행해지면서 일죄를 우선 걸러낸다. 그 이후 남은 행위들은 자연적 의미의 단일 또는 다수행위이든 외형적이고 형식적으로는 다수의 구성요건충족으로 심사되고, 이는 다시 법적 의미에서 법조경합을 통하여 일죄 여부가 심사되고, 그 후 남은 것들은 모두 수죄로써 경합판단의 대상이 될 것이다. 여기에서는 이러한 순서대로 일죄와 수죄판단을 통해 경합판단의 과정에 이르게 된다는 점을 언급하고자 한다.

34) 이기현, “죄수의 결정”, 형사판례연구[8], 한국형사판례연구회편, 2000, 117면 이하에서는 형식적 구성요건 심사와 실질적 구성요건 심사를 구분한다. 그리고 1단계는 형식적 구성요건충족 횟수의 심사가 이루어지고, 이후에 위반법규가 상이한 경우와 동일한 경우에 따라서 실질적 구성요건 심사의 방법을 달리하고 있다. 위반법규가 상이한 경우에는 부진정경합 여부심사와 구성요건자체가 수개의 법규위반을 예정 또는 허용하는지 여부심사가 이루어지고, 위반법규가 동일한 경우에는 침해법익의 종류심사와 침해대양의 심사가 이루어진다고 본다.

나. 자연적 의미의 행위로부터의 일죄 심사

외형상 존재하는 모든 행위들의 나열로부터 구성요건 충족에 관한 기술적인 심사를 우선 하게 된다. 하나의 범익침해를 향한 다수의 행위들은 법규간의 관계나 경합 여부와 관계없이, 병렬적이고 기술적으로 구성요건 충족여부를 확인하게 된다. 예컨대 다수의 행위들이 존재하고 결과적으로 단일의 고의를 통하여 단일의 범익침해가 발생하였다면 기술적으로도 하나의 구성요건충족이 된다. 반면 다수의 행위들이 존재하고 결과적으로 행위마다 분리되는 고의가 인정된다면 기술적으로는 다수의 구성요건 충족이 인정된다. 이때 그것이 법조경합인지 실체적 경합인지 등의 법적 심사는 기술적 심사시점에서는 일단 배제된다.

이러한 기술적인 구성요건 충족을 통하여 일죄 중 단순일죄와 소위 자연적 행위 단일성³⁵⁾이라고 불리워지는 구성요건 충족 유형들이 걸러지게 된다. 그리고 기술적으로도 하나의 구성요건충족인 경우에는 법적으로도 하나의 구성요건 충족이 되어 일죄가 된다. 예컨대, 단일행위를 통한 일죄, 계속범, 단일의 범익침해를 향한 단일 고의의 다수행위들이 여기에 해당될 것이다. 물론 연속범이나 점속범과 같은 포괄 일죄를 인정하고자 한다면, 이 유형들도 단일의 범익침해를 향한 단일고의에 의한 다수행위라고 기술적으로 분류된다면 이 역시 일죄에 해당하게 된다.

이후에 남는 것들은 외형상 존재하는 행위가 하나이든 다수이든 이에 대하여 기술적이고 병렬적으로 나열한 구성요건 충족횟수는 모두 다수가 된다. 그것이 법조경합의 형태든 상상적 경합이나 실체적 경합이든 그 심사는 단계별로 거쳐야 할 것이다.

다. 법조경합의 심사

어떠한 단일 또는 다수의 행위가 외관상 수개의 구성요건을 충족시키고 있는 것처럼 보이는 경우에도, 적용되는 하나의 구성요건에 의하여 평가되는 불법내용이

35) 신동운, 사례입문, 형법총론, 법문사, 1991 221면은 예컨대 야간에 타인의 주거에 침입하여 절도하려고 결의한 행위자가 순찰차가 오는 것을 보고 근처에 숨었다 순찰차가 지나가자 다시 실행에 옮겨 범익침해의 목표를 달성하였다면, 행위자의 두 개의 분리된 행위는 단일한 범행결의에 의한 것이므로 이 경우를 ‘자연적 행위단일성’이라고 지칭한다.

동시에 다른 구성요건의 충족시에도 평가됨으로 인하여 외형상 존재하는 수 개의 구성요건 충족을 모두 인정하게 되면, 불법성에 대한 이중평가를 초래하는 경우가 있다.³⁶⁾ 또 다른 면에서는 구성요건이 금지규범으로서 가지는 가치평가를 완전히 실현시키기 위해서는, 외형상 수 개의 구성요건 충족을 모두 인정하지 않고 하나의 구성요건만을 인정하여야만 하는 경우가 발생한다. 전자의 의미이든 후자의 의미이든 오로지 하나의 구성요건충족만을 인정하게 되는 이유는, 그러한 행위에 대하여 금지규범 전체의 법적 정신에 부합하는 평가를 하기 위함이다. 이를 법조경합³⁷⁾이라고 하는 바, 실제로 수개의 ‘범죄’간의 경합이 일어나는 것이 아니라, 수개의 법조문이 경합하고 있는 구조이다.

형법상으로는 어떠한 경우에 어떠한 방식으로 두 개 이상의 구성요건들이 충돌하게 되고, 어떠한 과정을 통하여 하나가 다른 하나를 배척하게 되는지에 관한 아무런 규정이 없다. 따라서 법조경합은 전적으로 학설에 위임되어 있다. 다만 법조경합은 자연적 의미의 일죄를 판단하여 이를 걸러낸 이후 남게 되는 한 개 또는 수개의 행위가 경합론에 이르는 중간과정이기 때문에, 실제로는 법조경합의 심사와 경합범의 심사³⁸⁾는 거의 동시에 이루어지게 된다.³⁹⁾ 그러한 의미에서 행위단일성과 행위다수

36) Seier, Die Gesetzeinheit und ihre Rechtsfolgen, Jura 1983, 226면.

37) 김일수, 한국형법II, 531면은 법조경합을 부진정경합이라고 통칭하면서, 행위단일성의 영역에서 외견상 경합의 여러 현상들이 나타나는 것은 법조단일이고, 행위다수성의 영역에서는 불가별적 사건행위와 불가별적 사후행위라고 불리워진다고 한다. 즉, 법조단일을 법조경합의 하위개념으로 보고 있다. 반면, 오영근, 형법총론, 682면은 법조단일이나 법조경합 모두 가능한 용어이지만, 법조단일은 법조경합의 효과측면을 강조한 반면 법조경합은 그 외형적인 현상측면을 강조한 용어라고 한다. 또는 박상기, 형법총론, 489면은 법조경합과 법조단일은 동의어라고 본다. 그리고 이정렬, “죄수결정기준과 법조경합의 본질”, 형사법연구 제22호, 한국형사법학회, 2004/겨울, 99면은 법조단일이나 법조경합 모두 가능한 용어이지만, 법조경합의 외형적 측면과 효과적 측면을 구분하여 외형적 현상 측면의 법조경합은 효과측면의 법조단일성과 법조다수성으로 구분된다고 본다.

38) 독일에서는 Baumann/Weber, Strafrecht AT, 9. Aufl., 1985, 660면; Maurach/Zipf/Goessel, Strafrecht AT, Teilband 2, 9. Aufl., 1988, 460면이 이러한 견해를 취한다(김성돈, “법조경합의 유형과 그 판단방법”, 법조 제580호, 법조협회, 2005/1, 40면 각주 32) 참조).

39) 판례에 따르면, 상상적 경합은 1개의 행위가 실질적으로 수개의 구성요건을 충족하는 경우를 말하고, 법조경합은 1개의 행위가 외관상 수개의 죄의 구성요건에 해당하는 것처럼 보이나 실질적으로 1죄만을 구성하는 경우를 말하며, 실질적으로 1죄인가 또는 수죄인가는 구성요건적 평가와 보호법익의 측면에서 고찰하여 판단한다고 한다.(대판 2012. 10. 11, 2012도1895; 대판 2012. 8. 30, 2012도6503; 대판 2003. 4. 8, 2002도6033 등). 판례의 취지를 살펴보면, 1개의 행위에 대하여 법조경합을 판단하고 그것이 부정되면 상상적 경합으로 인정하고자 하는 듯하다. 그러나 연결효과

성으로 구분하여, 행위단일성은 외견상 상상적 경합으로 그리고 행위다수성은 외견상 실체적 경합이라고 지칭하기도 한다. 즉, 단일행위가 법조경합에 해당하면 외견상 상상적 경합이 되고, 그렇지 않은 경우에는 진정한 상상적 경합이 되며, 다수행위가 법조경합에 해당하면 외견상 실체적 경합이고 그렇지 않은 경우에는 진정한 실체적 경합이 된다는 의미에서이다. 그러나 상상적 경합이 진정한 부진정한 언제나 단일행위를 전제로 하지 않는다는 점에서 이러한 구분이 실제로 법적용에 있어서 그다지 큰 의미를 갖는 것으로 보이지는 않는다. 상상적 경합은 수학적으로는 부분집합, 합집합, 교집합의 형태를 띠기 때문이다. 이 때, 합집합은 언제나 단일행위를 전제로 하게 되지만, 부분집합이나 교집합 형태의 상상적 경합은 완전히 일치하지 않는, 즉 행위동일성이 인정되지 않는 분리된 두 개의 행위를 필요조건으로 하기 때문에 단일행위라고 하기 어렵다. 또한 상상적 경합이 언제나 시간적 동시성을 요구하는 것도 아니다. 이러한 의미에서는 불가벌적 사후행위나 불가벌적 사전행위를 제외한 나머지를 반드시 부진정 ‘상상적 경합’이라고 하는 것이 상상적 경합의 형태와 일치하지 않는다.

라. 경합심사

법조경합을 통하여 일죄가 완전히 걸러지게 되면 이제는 수죄의 경합여부에 대한 판단만이 남게 된다. 행위단일성과 행위다수성을 전제로 하는 견해들은 경합심사는 행위단일성 하에서는 상상적 경합을, 행위다수성 하에서는 실체적 경합을 인정함으로써 경합심사의 과정은 간단해진다.

그러나 앞서 언급한 바와 같이 상상적 경합이 언제나 단일행위를 전제로 하지는 않는다는 점에서 행위의 단일과 다수라는 이분법적 심사를 통해 경합여부가 완성되기는 어렵다. 특히 연결효과에 의한 상상적 경합까지 인정하고 있는 우리 판례⁴⁰⁾의

에 의한 상상적 경합까지도 인정하고 있다는 점에서 판례의 태도는 모순적인 면이 있다.

- 40) 형법 제131조 제1항의 수뢰후부정처사죄에 있어서 공무원이 수뢰후 행한 부정행위가 공도화변조 및 동행사죄와 같이 보호법익을 달리하는 별개 범죄의 구성요건을 충족하는 경우에는 수뢰후부정처사죄 외에 별도로 공도화변조 및 동행사죄가 성립하고 이들 죄와 수뢰후부정처사죄는 각각 상상적 경합 관계에 있다고 할 것인바, 이와 같이 공도화변조죄와 동행사죄가 수뢰후부정처사죄와 각각 상상적 경합법 관계에 있을 때에는 공도화변조죄와 동행사죄 상호간은 실체적 경합법 관계에 있다

태도에 따르면 다수의 행위들은 범죄간의 연결을 통하여 상상적 경합으로 인정되는 영역이 훨씬 더 넓어지기 때문이다. 뿐만 아니라 판례는 외견상 단일행위로 보여지는 경우에도 보호법익이나 행위태양을 달리한다는 이유로 실체적 경합을 인정하기도 한다. 예컨대 ‘피고인이 피해자 명의의 신용카드를 부정사용하여 현금자동인출기에서 현금을 인출하고 그 현금을 취득까지 한 행위는 앞서 본 바와 같이 신용카드업법 제25조 제1항의 부정사용죄에 해당할 뿐아니라 그 현금을 취득함으로써 현금자동인출기 관리자의 의사에 반하여 그의 지배를 배제하고 그 현금을 자기의 지배하에 옮겨 놓는 것이 되므로 별도로 절도죄를 구성한다 할 것이고, 위 양 죄의 관계는 그 보호법익이나 행위태양이 전혀 달라 실체적 경합 관계’에 있는 것으로 본다.⁴¹⁾

그러나 보호법익은 수죄의 척도는 될 수 있지만, 기 성립한 두 개 이상의 죄의 경합기준이 될 수는 없다. 특히 보호법익이란 앞서 본 바와 같이 범죄성립의 기준으로 작용하기 때문에, 일죄 또는 수죄 판단 기준 중에 일부일 뿐이다. 또한 추상적인 행위태양 역시 구성요건을 이루는 기준의 일부이기 때문에 죄수판단의 기준이 된다. 반면 형법 제40조는 “한 개의 행위”를 문리적인 구별기준으로 삼고 있다는 점에서, 다시 경합여부는 행위로 환원되어야 한다. 다만 앞서 본 바와 같이 행위의 단일과 다수만으로는 상상적 경합과 실체적 경합을 구분하기는 어렵다.

여기에서는 행위의 시간적 (일부 또는 전부) 중첩성 또는 동시성이라는 하나의 기준을 제시하고자 한다. 비록 다수의 행위라 하더라도 행위간의 일부만이라도 시간적인 중첩성이 이루어진다면 상상적 경합이 되고, 이러한 부분적 동시성도 찾을 수 없다면 실체적 경합으로 보는 것이다. 실체적 경합은 과형에 있어서 상상적 경합보다 중한 불법성의 총체를 드러낸다. 그렇다면 실체적 경합과 상상적 경합의 구분은 그러한 불법성의 총체적 차이를 어디에서 구할 것인가를 기준으로 하여야 할 것이다.⁴²⁾ 그리고 행위가 그 어느 지점에서든 시간적 중첩성을 드러낸다면, 비록 다수

고 할지라도 상상적 경합범 관계에 있는 수죄후부정처사죄와 대비하여 가장 중한 죄에 정한 형으로 처단하면 족한 것이고 따로이 경합범 가중을 할 필요가 없다(大判 2001. 2. 9, 2000도1216).

41) 大判 1995. 7. 28, 95도997.

42) 신동운, 형법총론, 748면은 일반인의 생활경험에 비추어 볼 때 단일하고 동일한 행위에 의하여 수개의 구성요건이 실행되었다면 실체법상 수개의 죄가 성립한다고 하더라도 과형상으로는 하나의

의 행위가 존재하더라도 중첩이 이루어지는 지점에서 불법성이 중복되므로 이를 이중평가 할 필요가 없다고 보게 되는 것이다.⁴³⁾

V. 마치며

범죄구성요건이란 금지하고자 하는 불법을 유형화한 것이라면, 범죄성립의 기준은 구성요건 충족횟수로 결정되어야 한다. 이 때, 구성요건의 충족횟수는 형법에 의하여 금지하고자 하는 불법실현이 횟수가 된다. 따라서 궁극적으로는 불법의 실현 또는 완성이라고 할 만한 가치평가가 이미 구성요건 충족횟수를 평가함에 있어 바탕이 된다. 그런데 불법의 실현은 불법의 본질인 행위불법과 결과불법의 완성을 통해서 이루어지므로, 결과적으로는 행위불법과 결과불법의 요소를 이루는 객관적 구성요건인 행위(행위표준설), 법익(법익표준설), 주체 및 객체의 특수한 표지와 주관적 구성요건인 범의(의사표준설)가 모두 충족되어야 한다는 점에서 총체적 구성요건표준설은 그 외의 모든 범죄성립 단위에 관한 학설들을 통합하는 기능을 하게 된다.

이러한 의미에서 종래의 학설들은 범죄 성립 기준의 단면만을 강조한 것이며, 범죄성립 판단에 있어서 불필요한 요소들이 아니다. (총체적) 구성요건표준설을 취할 때에도 행위의 수에 관한 판단은 행위표준설을 원용해야만 하며, 범의의 통일 또는 분리여부는 의사표준설에 따를 수 밖에 없다. 또한 범죄 수의 결정기준으로서의 전속적 법익은 법익의 귀속자가 행위객체와 동일시됨으로써, 역시 구성요건요소로서 범죄 개수 판단의 지표가 된다. 그 결과, 총체적 구성요건표준설에 따르면 범죄성립 기준은 불법의 개별요소로 환원된다.

일죄판단은 범죄론의 마지막 영역이면서도 동시에 죄수론의 시작이기도 하다. 그

형을 선고해야 마땅하다는 것이 상상적 경합의 취지라고 본다. 그리고 윤동호, “형법 제40조 ‘1개의 행위’의 의미와 범주:합목적적 행위단일성 논증”, 형사법연구 제26권, 한국형사법학회, 2006, 309면은 경합론의 실천적 의의는 죄수판단에서 세밀하게 해체되어 중복하여 평가된 행위를 양형론의 이중평가금지원칙에 따라 통합하는 데에 있다고 본다.

43) 다만 여기에서는 일죄판단과 수죄판단을 중심으로 하고, 일죄판단과정에서 이루어지는 범조경합과 그 이외의 경합판단과정은 보다 복잡하면서도 부차적인 문제이므로 자세한 설명은 생략하고자 한다.

리고 범죄성립의 기준은 동시에 형법상 드러나야 하는 불법성의 총체를 어떻게 파악할 것인가의 문제가 되기도 한다. 범죄란 특정한 구성요건의 관점에서 외부적으로 존재하는 사실에 대하여 어떠한 법적 평가를 할 것인가의 문제이면서, 동시에 그 한계가 된다. 즉, 구성요건에서 요구하는 이외의 불법성 평가를 범죄성립에 개입시켜서는 안된다는 점이다.

이러한 의미에서 이미 범죄의 일죄판단과 수죄판단에서부터 경합판단까지 각 단계별로 불법성에 대한 이중평가를 금지 또는 방지하기 위한 여러 가지 개념과 장치들을 개입시키고 있다. 사회생활상의 자연적 행위개념을 정의할 때에도 외형상 수개의 행위를 하나의 구성요건행위로 보기도 하고, 포괄하여 일죄로 평가하기도 할 뿐만 아니라 이러한 일죄 판단을 하고도 외형상 수개의 구성요건행위가 존재할 경우, 법조경합을 통하여 다시 이중평가를 차단하기도 한다. 마지막으로 수죄로 판단된다 하더라도 다시 상상적 경합을 통하여 불법성이 중첩되는 부분은 과형상 일죄로서 통제하고 있다.

이 모든 과정은 형법적으로 유의미한 행위에 대한 정당한 평가, 즉 불법성의 총체와 비례적인 형벌을 부과하기 위한 것이라는 점에서, 역으로 형법적 판단기준들은, 행위에 비례하는 불법성의 평가가 정당하게 이루어지기 위한 필요조건이 무엇인가라는 관점에서 시작해야 할 것이다.

참고문헌

[국내문헌]

- 권오길, “실체적 경합의 요건과 처벌”, 비교형사법연구 제6권 제2호-특집호, 한국비교형사법학회, 2004/12
- 김선복, “상상적 경합의 법적 효과”, 형사법연구 제11호, 한국형사법학회, 1999
- 김성돈, “법조경합의 유형과 그 판단방법”, 법조 제54권 제1호, 법조협회, 2005
- 김성돈, “전속적 법익침해의 경우 죄수문제와 경합문제”, 성균관법학 제13권 제1호, 성균관대학교 법학연구소, 2001/4
- 김성돈, “죄수결정의 기준”, 법학논고 제14집, 경북대학교 법학연구소, 1998
- 김성돈, “형법 제40조의 ‘한 개의 행위’”, 현대형사법의 쟁점과 과제, 동암 이형국 교수 화갑기념논문집, 1998
- 김성돈, “형법상 죄수론의 구조”, 형사법연구 제9호, 한국형사법학회, 1997
- 김용욱, “경합론이 체계적 구조”, 현대형사법의 쟁점과 과제, 동암 이형국 교수 화갑기념논문집, 1998
- 김일수, 한국형법(II), 박영사, 1992
- 임광주, “죄수결정의 기준”, 한양법학 제22권 제3집, 한양대학교 한양법학회, 2011/8
- 김일수/서보학, 형법총론, 박영사, 2006
- 문채규, “상상적 경합과 법조경합에 있어서 과형의 문제”, 형사법연구 제21호, 한국형사법학회, 2004
- 백형구, “죄수론의 신체계”, 변호사 제26집, 1996
- 신동운, 사례입문, 형법총론, 법문사, 1991
- 신동운, 형법총론, 법문사, 2011
- 오영근, “2012년도 중요 형법판례”, 제251회 한국형사판례연구회 발표문, 2013/2/4
- 오영근, “죄수론에 관한 연구”, 법학논총 제18집, 한양대학교 법학연구소, 2001
- 윤동호, “형법 제40조 ‘1개의 행위’의 의미와 범주: 합목적적 행위단일성 논증”, 형

- 사법연구 제26호, 한국형사법학회, 2006
- 이건호, 형법학개론, 고려대학교출판부, 1964
- 이경렬, “연속관련에 관한 독일판례의 경향”, 형사법연구 제11호, 한국형사법학회, 1999
- 이경렬, “죄수결정기준과 법조경합의 본질”, 형사법연구 제22호, 한국형사법학회, 2004/겨울
- 이경렬, “죄수론의 체계구성에 관한 시론”, 비교형사법연구 제2호, 한국비교형사법학회, 2000
- 이기현, “경합범과 상상적 경합”, 형사판례연구[7], 한국형사판례연구회편, 1999
- 이기현, “죄수의 결정”, 형사판례연구[8], 한국형사판례연구회, 2000
- 이훈동, “죄수론의 신체계”, 형사법연구 제7호, 한국형사법학회, 1994
- 임웅, “죄수론의 기초”, 현대형사법론, 죽헌 박양빈교수 화갑기념논문집, 1996
- 임웅, “죄수의 기본이론”, 고시계, 1983/5
- 정성근/박광민, 형법총론, 삼영사, 2011
- 정진연, “죄수론의 기본적 고찰”, 법학논총 제10집, 숭실대학교 법학연구소, 년도
- 천종철, “형법상 죄수론에 관한 연구”, 과학과문화. 제2권 제1호, 서원대학교 미래 창조연구소, 2005/2
- 한상훈, “상상적 경합의 유형, 효과에 따른 재검토와 형법 제40조의 입법론”, 형사법연구 제22권 제1호, 한국형사법학회, 2010/봄
- 허일태, “연속범의 죄수”, 형사판례연구[5], 한국형사판례연구회편, 1997
- 허일태, “죄수론과 연속범”, 고시연구, 1993/8
- 허일태, “죄수론과 연속범”, 형법연구 I, 세종출판사, 1997
- 황정인, “죄수판단의 기준과 불가벌적 사후행위의 판별”, 형사정책연구 제21권 제4호, 한국형사정책연구원, 2010/겨울

[외국문헌]

Lackner/kühl, StGB, 23. Aufl., 1999

Miebach/Sander, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd 2, 2003

Rissing van Saan, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 10. Aufl., 1978

Seier, Die Gesetzeseinheit und ihre Rechtsfolgen, Jura 1983

Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch, 51. Aufl., 2003

Tugenhat/Wolf, Logisch-semantische Propädeutik, 1983

Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 33. Aufl., 2003

Der Verlauf von Einzelverbrechen nach Konkurrenz

Kim, Hye-Kyung*

Die Einheitsstrafe oder das Einzelverbrechen ist die einfachere und verständlichere Lösung. Die Einheitsstrafe führt zur Entschärfung des Konkurrenzrechts. Und durch die Einheitsstrafe wird es nur noch selten zu Konkurrenzrevision kommen.

Unter dem Begriff der Verbrechenseinheit ist die Zusammenfassung von Handlungseinheit und der und Gezetesverletzung zu verstehen. Bis zu diesem Zeitpunkt das scheint als anzusehen daß Die gesetzessprachlichen Begriffe Tateinheit und tatmehrheit bezeichnen sollen, daß die verschiedenen Gesetzverletzungen entweder durch eine Tat oder durch mehrere Taten bewirkt wurden. Und die in der fachsprache geläufigeren Ausdrücke idealkonkurrenz und realkonkurrenz sollen klarstellen, daß im ersten fall die mehrheit von Gesetzesverstößen nur ideeller Art ist, weil nur auf eine Handlung beruhend, während im zweiten tatsächlich mehrere Taten vorliegen.

Im besondere, Handlungseinheit und Handlungsmehrheit sind nicht die Norm in §37-40 KStGB. Nach der in diesem Aufsatz anerkannten Fallgruppen der Verbrechenseinheit sin das Einzelverbrechen und das umfassende Einheitsverbrechen.

❖ Key words : Einzelverbrechen, Handlungseinheit, Handlungsmehrheit, Einheitsstrafe, Konkurrenz

투고일 : 3월 1일 / 심사(수정)일 : 3월 13일 / 게재확정일 : 3월 13일

* College of Law and Police Science, Keimyung University, Ph.D. in Law